

Секція 1
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ

УДК 340.12(477)

*Ю. М. Оборотов,
д-р юрид. наук, професор ОНЮА*

**ПРАВОВА СПАДЩИНА ТА ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ
ЯК ФУНДАМЕНТ РОЗВИТКУ ПРАВА УКРАЇНИ**

Нова епоха, яка іменується постмодерном, змушує вдивитися в ситуацію нестабільності правової сфери людського буття, розбірливо ставитися до сформованої правової спадщини. Оцінки західної традиції права, яка переживає ґрунтовну кризу, явилися додатковим стимулом подолання європоцентристського підходу до права, його основних ідей, принципів, цінностей і норм. Знакова ідея західної традиції права — ідея прав людини на якийсь час так захопила юриспруденцію та її найвизначніших представників, що права людини здалися синонімом права. І це зрозуміло, оскільки дійсний розвиток правової культури ХХ сторіччя відбувався багато в чому завдяки європейській правовій спадщині, нормативному оформленню й поширенню прав людини як у міжнародному, так і у внутрішньодержавному праві. Однак дедалі більше виявляється парадокс сучасного життя, вираженого у плюралістичності існуючих національних правових культур і нормативності прав людини внаслідок їх обов'язковості для кожної культури. Права людини це вияв того факту, що держава обмежує себе за допомогою конституційних заходів (поділ влади) і міжнародного визнання законності основних прав людини (Декларація ООН) [1].

Відмінності щодо використання правової спадщини виводять на глибокі зміни в розумінні розвитку правових систем сучасності, їх поділу на два різновиди: віддиференційовані й невіддиференційовані [2]. У віддиференційованих правових системах право існує як відособлене, відносно самостійне явище стосовно релігії, моралі, звичаю, політики. І навпаки, у невіддиференційованих правових системах право нерозривно пов'язане з іншими регуляторами й цінностями. Віддиференційовані правові системи утворюють дві правові сім'ї: сім'ю романо-германського (континентального) права й сім'ю загального (прецедентного) права. У складі невіддиференційованих правових систем: релігійна правова сім'я; традиційна (звичаєвоправова) сім'я; євразійська (ідеологізована) правова сім'я; далекосхідна правова сім'я.

Уявлення про правовий розвиток не можуть формуватися на основі аналізу правових інститутів і функціонування права віддиференційованих правових систем, виражаючи ситуацію таким чином, що невіддиференційовані правові

системи — нібито відсталість правового буття. Не важко помітити, по-перше, що невіддиференційовані правові системи — це основний масив на правовій карті світу, і, по-друге, ці правові системи мають свою внутрішню логіку розвитку, що не змінюється у процесі діалогу правових культур. Тому логічно дійти висновку, що існування невіддиференційованих правових систем поряд з віддиференційованими являє собою два найважливіших напрями правового розвитку, які багато в чому мають відмінності, що відбиваються, у світосприйнятті, ставленні до Бога, інших людей, традицій предків, виражені в особливостях правового менталітету і сприйнятті інших правових культур. Вивчення й використання досягнень невіддиференційованих правових систем має складати таку саму скарбницю правознавства, якою традиційно є віддиференційовані правові системи.

Вихід на проблематику правової спадщини вимагає з великою обережністю ставитися до запозичення досягнень інших правових культур (зокрема, правової культури Західної Європи). Якщо справедливе твердження, що уявлення про сучасний Захід як ідеал суспільного устрою, вжите нашими реформаторами як керівництво до дії, обернулося черговою утопічною спробою «примусу народу до щастя» [3], то це тим більше вірно щодо прав людини як ідеалу нашого правового розвитку чи правової держави як ідеалу нашого державного життя. Звідси з'ясовні пошуки правових рішень вітчизняних проблем у юридичній спадщині наших предків, що сформували самостійну політичну і правову культуру, свій тип праворозуміння, своє бачення професійної юридичної діяльності [4]. Іншими словами, існує нагальна потреба продовжувати свою традицію права, розвивати ідеї справедливого права й сильної держави.

З огляду на неефективність багатьох запозичених правових інститутів і норм у механізмі дії права можна очікувати підвищення інтересу до власної правової спадщини, оскільки стає очевидною необхідність її використання для підвищення ефективності правової системи України.

Питання правової спадщини та її використання прямо пов'язане з традиціями та новаціями правової реальності. Традицією називають загальний родовий досвід культури, що набув стійкого характеру, закріплений у певних стереотипах і правилах культурної діяльності. Відхилення від традиційного досвіду, пов'язане з його творчим розвитком, фіксується поняттям новаторства (новації). Зв'язок між традиціями й новаціями забезпечує змістовне наступництво культурно-історичного досвіду, збереження й розвиток неминущого змісту культури [5].

Висловлюється думка, що в наш час традиція стає іншою назвою буття, протилежністю якого може бути тільки його втрата — ніщо. Традиція — це зв'язок між минулим, сьогоденням і майбутнім, зв'язок як спадкування, зв'язок, що лине крізь час [6]. Повторюваність у часі сама по собі не є вирішальним критерієм традиційних уявлень або дій, оскільки традиція затверджується міжчасовою наступністю уявлень. Наступність це передача спадщини та її сприйняття. При цьому передаються не дії, а тільки їхні зразки, норми і принципи легітимності [7].

Вважається, що сам термін «традиція» породжений в юриспруденції, де він спочатку позначав передачу спадщини, майна. Традиція, на відміну від звичаю, є універсальною, придатною для всіх випадків, на які не поширюється звичай. До того ж звичай не здатний змінюватися, структурно перебудовуватися, збагачуватися так само швидко, як традиція. Традиція розглядається як специфічний прояв у суспільстві універсального принципу збереження, пов'язаного з історичною повторюваністю, що детермінує дії минулого на сьогодення й майбутнє [8].

Незважаючи на включеність традицій у потік часів, вони за своєю буттєвою сутністю не розвиваються, а поширюються і трансформуються відповідно до зміни обставин. У цьому зв'язку традиції тотожні універсалиям культури, що виявляють себе в релігії як догмати, перекази, заповіді; у психології — як архетипи, таємниця, несвідоме; у філософії — як абсолюти, істина [9]; у правознавстві — як воля, справедливість, формальна рівність.

Усі традиції підрозділяються на статичні й динамічні. Для перших характерна сталість компонентів, тверда структура, відносна простота (саме ці традиції називають звичаями). В іншому різновиді традицій компонентний склад, що змінюється, структура, що перетворюється, зростання складності чи спрощення. Нові комбінації, чи збагачення новими компонентами (інновації), складають характерну рису динамічних традицій. Умови, що змінюються, неминучі перетворення компонентів (інновації) постійно порушують суспільні стандарти, які затвердилися. У міру збільшення масовості відносин зростає невизначеність традиційних структур, а в ряді випадків у наявності відхилення, що означають народження дочірньої традиції [10].

Тенденція, що виявляється, до розмивання, ерозії традицій потребує їх корекції, що, як правило, здійснює саме суспільство у формах суб'єктивного контролю, стимулювання, підтримки, тлумачення й т. ін. Поряд із цим місію з корегування традицій часто здійснюють окремі особи, групи й організації. Так, князь Володимир, посиляючись на грецьку церковну традицію, створив незалежну від світської влади систему церковних судів, одночасно пославшись на традиції предків, визначив: «Щоб мати єпископатам десятину від данини, штрафів і продажів, від усього, що надходить на князівський двір» [11]. Цей державний діяч Київської Русі закликав додержуватися принципу: «Ни права, ни крива не убивайте, ни повелевайте убити его, аще будет повиненъ смерти; а душу не погубляйте никакояже хрестьяны» [12]. Ця традиція щодо злочинців була відроджена в XXI сторіччі в Україні, але вже під впливом обставин входження в Раду Європи.

За справедливим зауваженням В. В. Вейдле, «благочестя, благоліпність, благоговіння, благопристойність, щиросердість, милосердя, цнотливість, розчулення — усе це не тільки по-грецькі сприйняті способи життя й думки, що стали спершу церковно, а потім і народно — руськими» [13]. Тим часом державний апарат і правовий побут удільного періоду менш схожий на Візантію, ніж на Захід, а візантійська ідеологія Москви значно відрізнялася від московської дійсності [14].

Якщо виділяти традиції праворозуміння, то вони багато в чому пов'язані з європоцентризмом (етноцентризмом) і знайшли свій вияв, по-перше, в ідентифікації права з державою; по-друге, в ідеалізації правової норми; по-третє, у відокремленні права як зводу норм (кодекси, закони).

Юристи традиційно наділяють державу майже виключним правом на право, виявляючи велику стриманість у визнанні плюралізму правопорядків. Як відзначає Н. Рулан, «ототожнення прав зі зводом абстрактних і фіксованих правил, прив'язаних до заснованого на силі репресивного апарату, істотно звужує правовий простір» [15]. До того ж більшість традиційних суспільств не має зводів законів, і правовий простір виявляється обмеженим Заходом. Тому уявляється виправданою пропозиція про те, що нормативний підхід до права має бути доповнений процесуальним, оскільки право яскравіше виявляється у процесі врегулювання конфліктів, ніж у нормах. Процесуальний метод передбачає розгляд історії виникнення конфлікту й фази врегулювання суперечки, визначення характеру взаємовідносин між сторонами, способу врегулювання конфлікту, а також способу виконання прийнятого рішення й ряду інших [16]. Право виступає як інструмент, що винаходить кожне суспільство для вирішення виникаючих конфліктів.

Саме становлення традиції розвинене в часі. Наприклад, становлення традиції еквівалентності зобов'язань сторін як необхідної умови дійсності договору відбувалося протягом багатьох сторіч. Ще в римському праві особа, котра продала земельну ділянку за ціною, що складала менш ніж половина її дійсної вартості, мала право розірвати договір. В умовах середньовіччя Фома Аквінський наставляв, що сторони за договором мають брати на себе рівні зобов'язання. У теорії природного права був сприйнятий цей принцип. У сучасному ГЦУ, згідно з § 138 абз. 2, договір вважається незначним, якщо в наявності є явна диспропорція взаємних зобов'язань і одна зі сторін уклала його, використовуючи скрутне становище, недосвідченість, недалекоглядність і слабівлія іншої сторони [17].

Неминуча доля традиційних уявлень — їх поступова зміна, модифікація. Еволюція традицій може бути простежена в двох напрямках: по-перше, це подолання старих традицій і, по-друге, це становлення нових традицій. При цьому виникнення нових традицій не можна пов'язувати прямо з руйнуванням старих традицій, оскільки не виключене збагачення й розвиток традиції за змістом і формою [18].

У функціях виявляється дійсне буття традиції. Серед функцій традиції: стабілізаційна — забезпечує стійкість відносин; закріпна — пов'язана з удержуванням позитивного результату; системоутворююча (що упорядковує) — визначається її здатністю надавати відносинам вигляд якоїсь системи; регламентуюча (обмежувальна) — окреслює порядок у хаосі, виявляється у звичаї; інформаційна — виражена в накопиченні, збереженні й передачі інформації; що соціалізує — під її впливом формується особистість, людина прилучається до соціально-правового досвіду; охоронна — пов'язана з можливістю покарання, що може настати за порушення традиції.

Традиції в процесі свого функціонування об'єктивно ведуть до затвердження й закріплення однаковості, усунення розмаїтості, викликаной випадковістю. Так, середньовічне право, по-перше, консервативне у своїй основі, воно засновано на звичаї, орієнтовано на «старовину», і всяка зміна традиції розглядається як щось неприродне, чуже його природі. По-друге, оскільки право — це Боже-ственне встановлення, то законодавець лише відшукує право, але не створює його. При цьому право — це все «старе й добре». По-третє, право формувалося емпіричним шляхом, на основі звичаїв, прецедентів і казусів, а тому не є єдиним і несуперечливим цілим [19].

У цивілізаційному процесі важливу роль відіграють не тільки традиції, але й новації. При цьому інновації суть будь-які відкриття, що здійснюються на особистісному рівні, але досягають їх прийняття на соціальному рівні. Основною умовою новацій є трансльованість [20].

Не можна не погодитися з думкою В. С. Нерсисянца, що історія становлення правової держави, прав і свобод людини має бути осмисленою в її співвідношенні з вітчизняними традиціями й реаліями. Разом з тим навряд чи від минулого успадковані тільки негативні чинники: багатовікові традиції деспотизму, всесилля влади й безправ'я населення, правовий нігілізм, відсутність досвіду волі, права, самоврядування, демократії, конституціоналізму, політичної і правової культури, підлегле становище суспільства у відносинах з необмеженою й безконтрольною владою [21].

Уявляється, що правові традиції й характер їх використання складає головну підставу поєднання правових систем у правову сім'ю. Якщо уважно придивитися до пропозицій про правовий стиль як основну характеристику як правової системи, так і правової сім'ї, то можна дійти висновку: зміст правового стилю — не що інше, як правові традиції. Справді, якщо чинниками, що визначають стиль, є: 1) історичне походження й розвиток правової системи; 2) пануюча доктрина правової думки та її специфіка; 3) правові інститути, що мають своєрідність; 4) правові джерела й методи їх тлумачення; 5) ідеологічні чинники [22], — то всі ці складові по суті є правовими традиціями, що визначають специфіку правової сім'ї. Наприклад, у сім'ї загального права — правова традиція накопичення й використання нормативів досвіду судових рішень, у континентальній правовій сім'ї — правова традиція створення абстрактних нормативів шляхом законотворчої діяльності. У сім'ї загального права — традиція пріоритету процесуального права над матеріальним, у сім'ї континентального права — традиція підвищення матеріального права над процесуальним.

Питання про правові традиції, їхню специфіку й використання має пряме відношення до існуючих національних правових систем і їх входження в різні правові сім'ї. Найбільшу популярність здобула серед фахівців з порівняльного правознавства класифікація національних правових систем на вісім правових сімей, яку запропонували Армінджон, Нольд і Вольф [23]. З урахуванням змін, що відбулися в сучасному світі, вона виглядає таким чином: 1) романська, 2) німецька, 3) скандинавська, 4) загального права, 5) євразійського права, 6) права країн Далекого Сходу, 7) мусульманського права, 8) індуського права.

Про всевітньо-історичну наступність у сфері права і про первісну правову єдність європейських народів писав І. А. Покровський. Але навіть такий прихильник універсалізму в цивільному праві, як І. А. Покровський, свідчив про те, що Росія стояла осторонь від загальноєвропейського правового розвитку. Зокрема, він писав, що розвиток нашого цивільного права за порівняно деякими винятками відбувався самотньо й позначив нашу правову відсталість. Усунення цієї відсталості пов'язане з необхідністю постійних запозичень, і вже з часів Уложення царя Олексія Михайловича 1649 року було багато взято з Литовського Статусу, а законодавство Петра Великого намагалось переливати чужоземне великими масами (відомо, що Петро I дійшов навіть думки про повне перероблення Шведського Уложення в російський кодекс) [24].

Таким чином, питання про правові традиції, їхню специфіку й використання має безпосереднє відношення до існуючих національних правових систем, їх входження в різні правові сім'ї. Урахування власних правових традицій стосовно правової системи України є важливим у зв'язку з використанням запозичених правових інститутів, цінностей і норм.

Література

1. Козловский П. Общество и государство: неизбежный дуализм. — М.: Республика, 1998. — С. 203–204.
2. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия. — М.: Статут, 2000. — С. 58–61.
3. Десять лет системной трансформации в странах ЦВЕ и в России: Итоги и уроки // МЭМО. — 2000. — № 5. — С. 5.
4. Азаркин П. М. История юридической мысли России: Курс лекций. — М.: Юрид. лит., 1999. — С. 5.
5. Энциклопедический словарь по культурологии / Под общ. ред. А. А. Радугина. — М.: Центр, 1997. — С. 389.
6. Кутырев В. А. Традиция и право // Философия и общество. — 1998. — № 6. — С. 170, 181.
7. Шилз Э. О содержании термина «традиция» // Сравнительное изучение цивилизаций: Хрестоматия. — М., 1999. — С. 242.
8. Плахов В. Д. Традиции и общество: Опыт философско-социологического исследования. — М.: Мысль, 1982. — С. 17–18.
9. Кутырев В. А. Вказ. праця. — С. 182.
10. Плахов В. Д. Вказ. праця. — С. 43–44, 53.
11. Устав князя Владимира о церковных судах // Суд і судочинство на Українських землях у XIV–XVI ст. / За заг. ред. П. Музиченка. — О., 2000. — С. 138–139.
12. Поучение Владимира Мономаха // Хрестоматия по древнерусской литературе XI–XVII веков / Сост. Н. К. Гудзий. — М., 1947. — С. 63.
13. Вейдле В. В. Россия и Запад // Вопросы философии. — 1991. — № 10. — С. 65.
14. Там само. — С. 67.
15. Рулан П. Юридическая антропология. — М.: Норма, 1999. — С. 45.
16. Там само. — С. 47.
17. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2. — М.: Междунар. отношения, 1998. — С. 13–14.
18. Баллер Э. А. Социальный прогресс и культурное наследие. — М.: Наука, 1987. — С. 55.
19. Гуревич А. Я. Начало феодализма в Европе: Избр. тр.: В 4 т. Т. 1. Древние германцы. Викинги. — М.; СПб.: Университет. кп., 1999. — С. 317.
20. Сергеева О. А. Соотношение повадий и традиций в цивилизационном процессе // Философия и общество. — 1999. — № 2. — С. 190–213.
21. Персеящ В. С. Философия права. — М.: Инфра-М-Норма, 1997. — С. 353.
22. Цвайгерт К., Кетц Х. Вказ. праця. — С. 108.
23. Там само. — С. 117.
24. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 55.